



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Fernanda Martins Torres

**O DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO ABORTO:
Reflexões sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do
HC 124.306/RJ**

Brasília – DF

2018

FERNANDA MARTINS TORRES

**O DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO ABORTO:
Reflexões sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC
124.306/RJ**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título em bacharela em Direito.

Orientador: Professor Dr. Paulo Henrique de Oliveira Blair

Brasília

2018

FERNANDA MARTINS TORRES

**O DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO ABORTO:
Reflexões sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC
124.306/RJ**

Monografia avaliada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília pela seguinte banca
examinadora:

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Orientador

Professor Doutor Guilherme Scotti
Examinador

Doutoranda Sinara Gumeri
Examinadora

Doutoranda Gabriela Rondon
Examinadora Suplente

Brasília- DF

5 de dezembro de 2018

“Aborto não é matéria de prisão, é de cuidado, de prevenção”.
Débora Diniz - em manifestação na Audiência Pública referente
à ADPF 442, realizada no Supremo Tribunal Federal, em 3 de
agosto de 2018.

AGRADECIMENTOS

Eu não poderia começar esta seção sem dizer o quanto me sinto grata pela rede de mulheres que tenho ao meu redor, que me inspiram e me ensinam todos os dias o valor da sororidade. O afeto entre mulheres é revolucionário e a UnB me proporcionou um espaço de acolhimento entre amigas que eu nunca imaginei encontrar. Obrigada, companheiras.

Agradeço à minha mãe, Deborah, pelo amor, carinho e cuidado incondicionais durante toda a minha vida e por ser meu maior exemplo de mulher forte e guerreira. Obrigada, mãe, por me incentivar a lutar pelos meus sonhos e por estar ao meu lado na realização de cada um deles. As minhas vitórias também são suas.

À minha tia Angela, que considero mãe de coração, por ter acreditado em mim desde criança, por ter financiado meus estudos e por também estar ao meu lado em cada passo dado. Obrigada, tia amada, pelo apoio que nunca me faltou e por me inspirar a buscar o meu melhor a cada dia. Você também faz parte das minhas conquistas.

Aos meus irmãos Og e Gabriela, que tornam minha vida mais leve, que me alegram e por, mesmo mais novos, cuidarem tanto de mim. Vocês são meus motivos para buscar crescer sempre.

Às minhas avós Nila e Wanda, que sempre me ensinaram tanto, que cuidaram de mim a vida inteira e que vibram até hoje comigo a cada nova conquista.

Ao meu pai Roberto, que, mesmo diante de todas as dificuldades da vida, sempre foi presente e nunca me deixou faltar nada.

A toda a minha família, pelo amor, apoio e cuidado.

Às minhas amigas e aos meus amigos de faculdade, que dividiram diversos espaços comigo e que me proporcionaram tanto aprendizado, que estiveram ao meu lado nas pequenas e grandes conquistas e que me fizeram sentir acolhida nesses cinco anos bem vividos de UnB. Obrigada, queridas e queridos, pelo compartilhamento de tantos sentimentos e de tantas experiências juntos. Hoje, depois de tudo o que vivemos, eu sou outra pessoa e devo muito desse crescimento e amadurecimento a vocês. Minha eterna gratidão.

Às minhas amigas de infância, que permanecem ainda ao meu lado depois de tantos anos, que são minha base de afeto e cuidado, que desde o início me incentivaram a buscar meus sonhos e vibraram comigo a realização deles. Ainda temos muito o que viver pela frente e sei que poderemos continuar contando umas com as outras em todas as etapas da vida.

À Professora Loussia Félix e ao Professor Marcelo Neves por terem me orientado, respectivamente, no Programa de Jovens Talentos para a Ciência e no Programa de Iniciação Científica. Obrigada por, mais do que importantes mentores da minha formação, terem se tornado grandes amigos.

Eu não poderia deixar de registrar minha gratidão aos projetos dos quais participei durante meus anos de UnB: Veredicto – Simulações Jurídicas, Pesquisa e Extensão e PET (Programa de Educação Tutorial). Foram eles que me fizeram vivenciar uma educação popular, livre e emancipadora. Obrigada a todas as pessoas que dividiram esses espaços comigo, especialmente às alunas e aos alunos do Centro de Ensino Médio 01 de Sobradinho, que não deixaram a sala de aula atrapalhar meu aprendizado. Gratidão pelo amadurecimento que esses projetos me proporcionaram, pelo olhar crítico que desenvolvi a partir da experiência que vivenciei neles e por todo o crescimento profissional e pessoal que pude adquirir.

Por último, mas não menos importante, gostaria de agradecer à minha banca. Obrigada, Professor Paulo Blair, por ter sido tão presente no processo de pesquisa e escrita dessa monografia, pelo cuidado e atenção que cercaram todo esse processo. Eu me senti amparado do início ao fim. Obrigada ao Professor Guilherme Scotti, que no início da minha graduação ministrou uma das disciplinas que despertou meu interesse por teoria do direito e que me possibilitou o domínio para tratar do tema que escolhi. À Sinara gostaria de expressar toda a minha admiração e dizer que me sinto honrada por tê-la em minha banca. Obrigada, acima disso, por ser uma grande inspiração de pesquisadora feminista e por lutar por direitos meus e de todas as mulheres.

RESUMO

O direito ao aborto é um dos temas de direito constitucional mais debatidos na atualidade. Tendo isso em vista, este trabalho pretende contextualizar o debate sobre direito ao aborto travado por cortes constitucionais para, a partir daí, analisar o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 124.306/RJ, utilizando como marco teórico a ideia de direito como integridade, de Ronald Dworkin. Na referida decisão, depois de um longo caminho de aprendizado, baseado nas decisões da ADI 3.510 e ADPF 54, a 1ª turma do STF declarou a inconstitucionalidade incidental da criminalização do aborto realizado durante o primeiro trimestre de gestação, o que, conforme se demonstrará, concretiza o ideal de levar os direitos a sério, bem como promove tratamento de igual respeito e consideração a todos os cidadãos.

Palavras-chaves: Aborto. Jurisdição constitucional. Dworkin.

ABSTRACT

The right of abortion is currently one of the most discussed issues of constitutional law. With this in mind, this paper intends to contextualize the discussion about the right to abortion between the constitutional courts, in order to, from that point, analyze the vote of Minister Luis Roberto Barroso in the judgment of HC 124.306, using as theoretical framework the idea of law as integrity, of Ronald Dworkin. On that decision, after a long learning process, based on the decisions of ADI 3.510 and ADPF 54, the First Panel of STF declared the incidental unconstitutionality of criminalization abortion carried out during the first trimester of gestation, which, as will be shown, concretises the ideal of taking rights seriously, as well as promotes equal treatment and respect for all citizens.

Key-words: Abortion. Constitutional jurisdiction. Dworkin.

Lista de abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

MP – Ministério Público

PNA – Pesquisa Nacional do Aborto

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

RJ – Rio de Janeiro

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

UnB – Universidade de Brasília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – CONTORNOS DO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO ABORTO.....	14
1.1 O debate sobre direito ao aborto travado em Cortes Constitucionais Internacionais	14
1.2 O debate sobre direito ao aborto no Supremo Tribunal Federal.....	20
CAPÍTULO II – O VOTO DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO DO HC 124.306 A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	24
2.1 – O caso	24
2.2 – O voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	24
2.3 – Reflexões acerca do voto do Ministro Luís Roberto Barroso sob a perspectiva do direito como integridade	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

Encontrar dados sobre a realização de abortos no Brasil é uma tarefa muito difícil, tendo em vista que o procedimento é criminalizado e que as mulheres têm medo de contar suas experiências, o que é compreensível, devido à repressão penal do Estado. Ainda assim, é possível encontrar alguns dados que fornecem um parâmetro sobre a realidade do aborto no país, como os resultados da Pesquisa Nacional do Aborto¹, realizada sob coordenação de Débora Diniz e colaboradores.

A PNA 2016 informa que, naquele ano, 13% das 2.002 mulheres entrevistadas relataram que já haviam realizado pelo menos um aborto durante a vida. O número é parecido com o resultado da mesma pesquisa realizada em 2010, que indica um percentual de 15%. Os dados apontam que a proporção de mulheres que já abortaram cresce de acordo com a idade, sendo o percentual de 19% para mulheres de 38 e 39 anos e de 18% para as mulheres de 35 a 39². A pesquisa concluiu, por aproximação, que era possível dizer, em 2016, que até 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já havia realizado pelo menos um aborto na vida.

A pesquisa é muito mais profunda e traz diversos outros dados, mas o ponto de relevância para o debate constitucional sobre o direito ao aborto é a conclusão de que a interrupção induzida da gestação é um fato comum na vida reprodutiva das mulheres brasileiras e que, por isso, a pergunta central nesse debate não é se somos contra ou a favor do aborto. O que nos interessa é a prática em si, que ocorre diariamente no país e como a nossa corte constitucional se porta diante desse tema.

É importante destacar que nem sempre a questão do direito ao aborto foi entendida como matéria de jurisdição constitucional. Nos anos 1960, a argumentação para a descriminalização do procedimento era baseada em questões de saúde pública. Reva Siegel entende que foram as feministas que mudaram o tom do debate, desafiando a moralidade sexual da sociedade, bem como os termos da cidadania das mulheres, para requerer que a questão fosse debatida a partir da perspectiva do nosso direito de decidir

¹ “A PNA 2016 é um inquérito domiciliar cuja amostra probabilística representa a população feminina de 18 a 39 anos alfabetizada do Brasil. Combina entrevistas face -a-face realizadas por entrevistadoras mulheres com a técnica de urna e, portanto, tem vantagens sobre os levantamentos que dependem integralmente de entrevistas diretas. Foi desenhada de modo a que seus resultados fossem comparáveis aos da Pesquisa Nacional de Aborto de 2010 (PNA 2010).” in DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto, 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653–660, 2017.

² *Ibidem*, fl. 3.

sobre nós mesmas. O transplante da questão sobre o aborto para o judiciário foi, portanto, arquitetado, porque a partir da mudança do tom do debate, a questão sobre o direito de escolha sobre a interrupção induzida da gravidez passou a ser entendida como uma questão de justiça, o que foi prontamente inteligível pelas cortes³.

A partir dos anos 1970, então, depois que diversos países passaram a alterar suas legislações sobre aborto, tendo a maioria expandido as possibilidades de realização do procedimento, as cortes constitucionais passaram a se debruçar sobre o tema. O final do século XX foi marcado, portanto, por diversos casos de revisão constitucional sobre o direito ao aborto, tendo dois casos se tornado paradigmáticos: *Roe VS. Wade*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e *Aborto II*, julgado pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Depois desses, diversos outros casos se destacaram no âmbito internacional para a compreensão da legitimidade das cortes constitucionais para decidir sobre essa temática.

O Brasil seguiu essa mesma tendência, tendo o Supremo Tribunal Federal já se debruçado sobre o tema do direito ao aborto em algumas oportunidades. Em 2008, o STF permitiu a realização de pesquisas em células-tronco embrionárias. Apesar de a decisão não se referir especificamente sobre aborto, constituiu um importante marco argumentativo sobre a impossibilidade de se determinar o início da vida, o que influencia diretamente no debate sobre a possibilidade de induzimento da interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação. Em 2012, o Supremo entendeu pela constitucionalidade da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo, argumentando a favor da defesa de diversos direitos das mulheres, tais como dignidade da pessoa humana, autonomia, igualdade, direito à vida e à saúde, bem como direito a liberdade sexual e reprodutiva.

Essas decisões trilharam um importante caminho argumentativo para a decisão do HC 124.306/RJ, julgado em 2016 pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, em que o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, seguido pela maioria dos ministros, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gestação. Esse é o objeto central do presente trabalho, que pretende analisar a fundamentação do referido Ministro para responder se a mesma atende aos ideais de direito como integridade, nos termos da teoria de Ronald Dworkin.

³ SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion, pg. 3 In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

A escolha pela análise dessa decisão se deu porque foi a primeira vez que o STF realizou controle de constitucionalidade – mesmo que incidental – sobre a questão do aborto em geral, ou seja, sem envolver as hipóteses legais já previstas pelo nosso ordenamento jurídico. Ademais, porque tramita hoje no Supremo a ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, que requer a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação, dessa vez com extensão *erga omnes* e, nesse contexto, a decisão do referido HC se apresenta como importante marco jurisprudencial da Corte, por tratar da mesma questão.

O marco teórico baseado em Dworkin se justifica porque sua teoria apresenta importantes ideais de justiça e de Estado Democrático do Direito, o que considero essencial para se debater a constitucionalidade do direito ao aborto.

Este trabalho se divide da seguinte forma: o primeiro capítulo tem o objetivo de demonstrar como as cortes constitucionais se tornaram instâncias legítimas para decidir sobre o direito ao aborto. Para isto, apresento como as decisões de cortes internacionais deram forma a esse debate, para depois abordar as decisões do Supremo Tribunal Federal que envolvem a mesma temática, apresentando os pontos de convergência entre todas elas. O segundo capítulo volta-se para o objeto central deste trabalho, o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 124.306/RJ. Primeiro apresento o caso e a fundamentação da decisão, para, depois, analisá-la com base na teoria de Ronald Dworkin, com o objetivo responder se a mesma atende ou não aos ideais de direito como integridade. Por fim, apresento minhas últimas considerações sobre o tema.

CAPÍTULO I – CONTORNOS DO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO ABORTO

1.1 O debate sobre direito ao aborto travado em Cortes Constitucionais Internacionais

O direito ao aborto começou a ser debatido por Cortes Constitucionais nos anos 70 do século XX. Isso se deu em razão das alterações legislativas referentes ao tema. Segundo Reva Siegel, de 1967 até 1977, pelo menos 42 países mudaram suas legislações sobre aborto, sendo que a maioria expandiu as possibilidades legais para a realização do procedimento. É claro que isso gerou conflitos políticos e sociais e, segundo a autora, a forma em que se deu o debate político sobre o aborto moldou o litígio constitucional subsequente⁴.

Nesse contexto, debater a constitucionalidade do direito ao aborto é algo que, de pronto, nos remete ao famoso caso de *Roe VS. Wade*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1973. Em síntese, o julgamento tratou de uma ação coletiva proposta por Jane Roe, pseudônimo usado por Norma McCorvey, uma mulher solteira grávida, que contestava a constitucionalidade das leis do Texas que criminalizavam o aborto⁵.

A Suprema Corte decidiu, por uma votação de sete a dois, que leis de qualquer estado que proibiam a interrupção voluntária da gravidez de forma genérica, sem levar em conta o estágio da gestação e outros interesses envolvidos, violavam a cláusula de devido processo legal da décima quarta emenda, que protege a privacidade dos indivíduos contra ações do Estado. Assim, a corte reconheceu às mulheres o direito irrestrito ao aborto até o final do primeiro trimestre de gestação, definindo que os estados poderiam promover a regulamentação do procedimento de interrupção da gravidez depois desse período. Restou decidido que, a partir do início do terceiro trimestre de gestação, os estados poderiam regular e até mesmo proibir o aborto para proteger a potencialidade da vida humana, exceto quando necessário para salvar a vida da gestante⁶.

A decisão da Suprema Corte trilhou diversos argumentos para concluir pela inconstitucionalidade das leis que criminalizavam o aborto, mas o alicerce de sua

⁴ SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion, pg. 3 In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

⁵ US. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973, fl. 1 Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>.

⁶ *Ibidem*, fl. 1-2.

fundamentação resume-se a dois pontos. O primeiro deles é o de que a Constituição dos Estados Unidos não indica, de maneira inequívoca, que as disposições de proteção à vida se aplicam aos fetos. Os juízes reconheceram que não existe consenso jurídico, filosófico ou biológico sobre quando começa a vida, de modo que o judiciário não poderia determinar uma resposta para esta questão. A conclusão a que chegaram foi a de que, havendo viabilidade de vida extrauterina, o Estado tem interesse legítimo de proteger a vida do feto, mas não antes disso⁷.

O segundo argumento basilar foi o de proteção da privacidade, derivado do direito ao devido processo legal, assegurado, por sua vez, pela décima quarta emenda. A Suprema Corte assegurou que o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher de continuar ou não com sua gravidez, visto que a imposição da escolha por parte do Estado resultaria em prejuízos irreparáveis, físicos e psicológicos, tanto à mulher como ao futuro indivíduo⁸.

O caso *Roe VS. Wade* inaugurou aquilo que Dworkin chamou de “guerra do aborto” nos Estados Unidos. Isto porque, a partir daí, essa pauta passou a integrar a agenda política do país, que ficou dividido entre os grupos “*pro life*” (pró vida) e “*pro choice*” (pró escolha), contrários e favoráveis ao direito de interrupção voluntária da gestação pelas mulheres, respectivamente. A decisão é muito polêmica até os dias de hoje e de lá pra cá o congresso norte-americano aprovou diversas leis que restringem o direito de abortar. Além disso, a disputa pela reversão do julgamento também se mostrou acirrada, de modo que a posição dos juízes sobre essa questão tornou-se critério de indicação pelos presidentes para a Suprema Corte⁹.

A Alemanha também se destaca por um julgamento paradigmático sobre o aborto. Em 1975, a corte constitucional da Alemanha Ocidental julgou o caso conhecido como *Aborto I/BVerfGE 39, 1*, em que concluiu pela impossibilidade de relativização da vida do nascituro em relação ao direito de escolha da mulher, determinando, portanto, a

⁷ US. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973, fl. 9. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>.

⁸ *Ibidem*, fl. 16

⁹ DWORKIN, Ronald; *O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, fl. 3. Ver também: DWORKIN, Ronald; *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

proibição do aborto em qualquer período da gestação, com exceção dos casos de estupro, perigo de vida para a gestante e má formação grave do feto¹⁰.

Em 1993, depois da unificação do país, a Corte Constitucional Federal da Alemanha julgou o caso *Aborto III/ 88 BVerfGE 203*, decidindo pela possibilidade de interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre (até 12 semanas), desde que houvesse um “estado geral de necessidade da mulher” e que a mesma passasse por um aconselhamento oferecido por órgão oficial criado para este fim¹¹. A medida de aconselhamento consistiu em uma estratégia para tratar do tema fora do âmbito penal e deveria incluir informações sobre educação sexual e planejamento familiar, além de programas de assistência social, acesso à moradia, educação e profissionalização das mulheres¹².

Além disso, a corte determinou que o procedimento devesse ser realizado por médico e que, nos casos lícitos, o sistema público de saúde poderia realizá-lo. Sendo assim, decisão manteve o entendimento prévio de proteção da vida intrauterina, mas permitiu a interrupção da gravidez nas 12 primeiras semanas, o que não ocorria antes¹³.

O fundamento utilizado pela corte para relativizar a proteção da vida do feto e possibilitar a interrupção da gestação por escolha da mulher, mesmo que a submetendo a algumas restrições (“estado de necessidade geral”, aconselhamento obrigatório e tempo de espera para a realização do procedimento), foi o de dignidade da pessoa humana.

O julgamento do caso *Roe VS. Wade* pela Suprema Corte dos Estados Unidos e o caso do *Aborto II* julgado pela Corte Constitucional Federal Alemã tornaram-se paradigmas para o debate constitucional sobre o direito ao aborto. Primeiro em razão dos fundamentos utilizados, quais sejam: o de privacidade (EUA) e dignidade humana (Alemanha), que são importantes princípios constitucionais que ganharam destaque na discussão sobre direitos reprodutivos das mulheres. O segundo motivo é a fixação do marco dos trimestres. Até hoje não existe um consenso sobre quando começa a vida humana, razão pela qual a delimitação feita por essas decisões para o período de possibilidade de

¹⁰ STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto, 3ª Ed, fl.17. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>

¹¹ STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto, 3ª Ed, fl.16. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>

¹² ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, fl. 20. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>

¹³ STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: aborto, 3ª Ed., fl. 16. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>

escolha por parte da mulher tornou-se um parâmetro tomado como referência por diversas outras cortes constitucionais¹⁴.

Ainda no século XX, outras decisões merecem destaque. Em 1975, a Corte Constitucional da Itália entendeu que o direito à vida dos fetos colidia com outros direitos também protegidos pela Constituição, de forma que não se poderia falar em primazia daquele. A corte italiana concluiu que, em caso de risco para a gestante, o direito à saúde da mulher se sobrepõe ao direito à vida do nascituro, tendo em vista que a gestante já é uma pessoa, ao passo que o feto sequer é indivíduo ainda. Com esse argumento, a *Sentenza 27-1975* concluiu que a situação da mulher grávida era específica e que, por isso, não poderia ser tutelada pela excludente genérica de estado de necessidade. Na *Sentenza 35-1997*, a corte italiana voltou a tratar sobre aborto e confirmou a decisão anterior, concluindo pela inconstitucionalidade da legislação que proibia o aborto em caso de risco para a gestante¹⁵.

Na decisão 39 de 1991, a Corte de Arbitragem da Bélgica, antecessora da atual corte constitucional e que já realizava controle de constitucionalidade ao tempo da decisão, concluiu que o legislador não está obrigado a tratar do nascituro da mesma forma que trata os indivíduos já nascidos e, ainda, que o pai do feto não pode vetar o direito da mulher de escolher interromper a gestação¹⁶.

Em 1999 foi a vez da Corte Constitucional da República da Hungria tratar do tema, quando um grupo pró-vida arguiu a inconstitucionalidade da lei que permitia o aborto nas 12 primeiras semanas em casos de risco para a vida e a saúde da gestante, deficiência grave na formação do feto, estupro ou situação de “grave crise da mulher”. A corte entendeu pela inconstitucionalidade da lei porque não havia ficado claro o que seria a referida situação de crise, de modo que a legislação poderia ser aplicada de forma arbitrária. A decisão concluiu que o legislador poderia prever casos de interrupção da gravidez, mesmo em caso de crise da mulher, mas que essa situação deveria ser melhor regulamentada, de modo a balancear os direitos fundamentais da gestante e do feto¹⁷.

¹⁴ ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, fl. 25. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Ver também: SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

¹⁵ STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: aborto, 3ª Ed., fl. 60-61. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>.

¹⁶ Ibidem, fl. 21.

¹⁷ Ibidem, fl. 56

Na decisão do caso *R. v. Morgentaler*, em 1998, a Corte Constitucional do Canadá absolveu dois médicos que realizavam abortos sem cumprir todas as exigências da lei penal, como a aprovação do procedimento por parte de um comitê de aborto terapêutico. A corte decidiu que o direito de optar pela interrupção da gravidez resguarda a integridade física e psíquica da mulher e que a regulamentação desse direito não pode ser tão severa a ponto de impossibilitar seu exercício¹⁸.

Em 1975, foi impugnada na França, por suposta violação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a lei que tratava do aborto. O Conselho Constitucional Francês entendeu que não poderia decidir a questão, já que a mesma exigia controle de convencionalidade, o que extrapolava sua competência. Apesar disso, a decisão destacou que a possibilidade de interrupção da gravidez em situação de angústia ou por necessidade terapêutica era constitucional e não violava o referido diploma internacional.

O Conselho Constitucional da França voltou a discutir o direito ao aborto por meio da *Decision 2001-446 DC*, em que definiu que a ampliação do prazo pra interromper voluntariamente a gravidez de 10 para 12 semanas era constitucional, vez que respeitava o equilíbrio entre o direito à vida do feto e a liberdade da mulher¹⁹.

Na América Latina, a Colômbia foi o primeiro país a revisar a legislação proibitiva do aborto por meio do judiciário. Em 2006, a *Sentença C-355/06* da Corte Constitucional Colombiana permitiu o aborto em três casos: risco à vida e à saúde da mulher, inviabilidade de vida extrauterina do feto e gravidez resultante de estupro, incesto ou inseminação artificial sem consentimento. Antes disso, o aborto era proibido em qualquer hipótese no país²⁰.

O Tribunal Constitucional do Chile passou por essa mesma discussão em 2017, quando a lei que permitia o aborto nessas três hipóteses comuns foi questionada perante a corte. A *Sentencia Rol 3729/17* concluiu pela constitucionalidade da referida lei, por entender que o Estado não poderia obrigar a mulher a levar adiante uma gravidez com risco para a sua própria vida ou que fosse resultado de estupro ou ainda em que o feto não pudesse sobreviver fora do útero. Para o Tribunal, esses encargos seriam excessivos. A

¹⁸ STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: aborto, 3ª Ed., fl. 26-27. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>.

¹⁹ Ibidem, fl. 53-54.

²⁰ Ibidem, fl. 32.

decisão asseverou que o direito à vida não é absoluto e que as mulheres não podem ser vistas como meros objetos de proteção dos nascituros²¹.

No México, o poder legislativo descriminalizou o aborto até a 12ª semana de gestação, o que foi questionado perante a Suprema Corte de Justiça da Nação, que, no entanto, considerou a alteração legislativa constitucional. A decisão argumentou que o direito à vida não é absoluto e que não há nenhum dispositivo normativo que determine o momento em que esta mereça ser objeto de proteção. A corte asseverou que um direito que recebe o status de fundamental não obriga, necessariamente, a punição da conduta que o afete. Além disso, a decisão ainda pontuou que a criminalização do aborto é ineficaz e que ao possibilitar o acesso a um procedimento legal e seguro, o Estado lida melhor com o problema de saúde pública causado pelos abortos clandestinos e, além disso, garante a igualdade de tratamento às mulheres, principalmente às mais pobres. Ademais, a corte afirmou que reconhecer o direito ao aborto significa reconhecer a liberdade e a autodeterminação feminina no que se refere ao âmbito sexual e reprodutivo, permitindo que as mulheres definam seu projeto de vida sem interferência do Estado²².

Destaca-se, ainda, a importante contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal para o debate sobre direito ao aborto. Em 2010, a lei que descriminalizava a interrupção voluntária da gravidez até a décima semana apenas por vontade da mulher foi questionada perante a corte, que concluiu pela constitucionalidade da mesma. O Tribunal entendeu que a vida humana recebe maior proteção à medida que a gravidez avança, de modo que nos estágios iniciais a decisão sobre levar ou não a gestação adiante deve ser deixada sob inteira responsabilidade da mulher. A decisão destacou que essa tutela progressiva se dá em razão da colisão de direitos e que a dignidade humana não se restringe à vida intrauterina, de modo que a mulher também é titular de direitos fundamentais que precisam ser protegidos²³.

O conflito social por trás das decisões de cada uma dessas Cortes Constitucionais é único. O objetivo desta seção não é analisar se tais conflitos foram resolvidos por meio das cortes, visto que isso exigiria também a análise da cultura política e jurídica de cada país. Pretendeu-se, em verdade, demonstrar os contornos do debate

²¹ Ibidem, fl. 28-29.

²² STF, Boletim de Jurisprudência Internacional: aborto, 3ª Ed., fl. 64-65. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>.

²³ Ibidem, fl. 68-69

constitucional sobre o direito ao aborto no âmbito internacional, tendo em vista que, depois da Suprema Corte norte-americana e da Corte Constitucional Federal da Alemanha, cortes de diversos outros países também se debruçaram sobre o tema.

A forma como se deu o debate nas cortes constitucionais nesses países é importante para entender o debate travado sobre aborto no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal porque todas as vezes que a nossa corte adentrou essa temática, as decisões dessas outras cortes foram citadas como forma de fortalecer a argumentação, especialmente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 124.306/RJ, objeto de análise deste trabalho.

É claro que a forma como o tema chegou às cortes constitucionais é diferente em cada contexto e as respostas dadas também foram específicas para a forma como o problema foi posto, mas podemos perceber dois pontos de similitude em todos esses casos. O primeiro é o consenso que parece haver sobre a legitimidade da jurisdição constitucional para decidir sobre o direito ao aborto. O segundo, que talvez seja a causa do primeiro, consiste nos termos em que foi posto o debate, qual seja: princípios. A constituição de nenhum dos países citados trata diretamente sobre aborto, assim como não o faz a constituição brasileira, mas a principiologia constitucional foi o que permitiu às Cortes entender a escolha pela interrupção voluntária da gravidez como um direito legítimo das mulheres. Mesmo que não expresso no texto constitucional, esse direito deriva de princípios basilares das constituições.

O Supremo Tribunal Federal seguiu esse mesmo padrão da fundamentação todas as vezes que precisou debater o direito ao aborto, inclusive tomando como referência decisões de outras cortes constitucionais. A próxima seção objetiva delinear os contornos do debate sobre o direito ao aborto no STF para entender os caminhos percorridos pela corte até à decisão do HC 124.306/RJ.

1.2 O debate sobre direito ao aborto no Supremo Tribunal Federal

Tramita hoje no STF a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, em que se requer a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da interrupção da gestação induzida e voluntária

realizada nas 12 primeiras semanas²⁴. Em agosto de 2018 foi realizada uma audiência pública sobre o tema, sob coordenação da Ministra Rosa Weber, relatora da ação. Nesta oportunidade, mais de 40 representantes da sociedade civil, entre especialistas e organizações nacionais e internacionais, opinaram sobre a temática com o objetivo de contribuir com a decisão da Corte. Esta é a primeira vez que o STF vai tratar sobre aborto por livre escolha da mulher em controle abstrato de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema em outras hipóteses, como na ADPF 54, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, em que se discutiu a atipicidade da interrupção induzida da gravidez em caso de anencefalia, quando incompatível o feto com a vida extrauterina. Apenas em 2012, depois de 8 anos, a corte decidiu o mérito da questão, concluindo, por maioria, pela procedência do pedido, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do caso. Para o julgamento desta ação, o STF também convocou uma audiência pública, tendo sido esta a primeira da história convocada pela corte²⁵.

Observa-se, no voto do relator, um grande esforço argumentativo para diferenciar aborto de “interrupção terapêutica do parto”. Segundo ele, na discussão mais ampla sobre aborto, é preciso identificar se é possível justificar a interrupção da gravidez de um feto sadio, enquanto no caso da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, questiona-se se a lei pode obrigar a mulher a manter a gestação quando ausente qualquer expectativa de vida extrauterina²⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, reconheceu que o caso se trata de aborto, mas que a situação constitui uma excludente de ilicitude já prevista no Código Penal, vez que a gestação de um feto anencéfalo configura risco à saúde da gestante. O referido Ministro concluiu pela procedência do pedido, mas divergiu do relator porque incluiu em sua conclusão algumas condições para o diagnóstico da anencefalia²⁷.

²⁴ ADPF 422, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, fl. 61. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>.

²⁵ BRASIL, STF, ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgamento em 12/4/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

²⁶ Voto do Ministro Marco Aurélio, fl. 33. BRASIL. STF, ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

²⁷ Voto do Ministro Gilmar Mendes, fl. 38. BRASIL. STF, ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarADPF.pdf>>.

Independente da denominação dada para o procedimento²⁸, o STF concluiu que a conduta de interromper a gravidez de feto anencéfalo é atípica, não incidindo sobre ela os arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal²⁹. O voto do Ministro Marco Aurélio, seguido pela maioria da corte, destacou que o estado é laico e, por isso, a questão posta não poderia ser analisada com base em orientações religiosas. Apesar de óbvia, essa é uma observação importante, porque a ideia abstrata do aborto mexe com concepções morais internas que não podem ser levadas em consideração pela decisão do Estado.

O Ministro entendeu que, como a anencefalia é uma doença congênita letal, obrigar mulheres a levar adiante uma gestação na qual o feto não tem nenhuma expectativa de vida extrauterina, seria o mesmo que instrumentalizar o corpo feminino, situação na qual a mulher deixa de ser um fim em si mesmo, o que viola seu direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Além disso, o voto ainda ressaltou que “o direito à vida não é absoluto e que a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações, consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510”³⁰.

A ação citada foi julgada pelo STF em 2008, antes do julgamento do mérito da ADPF 54. A referida ADI, proposta pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, questionou a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida. Apesar de não tratar sobre aborto, a ação pretendia que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse que a vida humana começa a partir da fecundação e, com isso, que a inviolabilidade do direito à vida é garantida ao embrião congelado³¹.

²⁸ Ressalto que o meu entendimento converge com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a interrupção da gestação de feto anencéfalo também é caso de aborto. Acredito que a argumentação do Ministro Marco Aurélio no sentido de diferenciar aborto de “antecipação terapêutica do parto” se deu por razões políticas, na intenção de tornar o julgamento menos polêmico e de frisar para a sociedade que o STF não estava decidindo a descriminalização do aborto em geral.

²⁹ Voto do Ministro Marco Aurélio. BRASIL. STF, ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

³⁰ Voto do Ministro Marco Aurélio, fl. 66. BRASIL. STF, ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

³¹ BRASIL, STF, ADI 3510, julgada em 29/5/2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>

O acórdão, no entanto, asseverou que o texto constitucional não determina o início da vida humana ou o exato instante em que ela começa. Com isso, a corte concluiu que não é qualquer estágio da vida que merece proteção autônoma. Ainda:

E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana³².

Este é exatamente o ponto em que a decisão se relaciona com o debate sobre aborto. O STF reconheceu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, mas a questão de interesse aqui é o fato de que a corte reconheceu que não há consenso sobre quando a vida começa e que o feto não recebe a mesma proteção de direitos que um indivíduo formado, mesma conclusão chegada por outras cortes constitucionais. O Supremo concluiu, tanto no julgamento da ADI 3.510 como no julgamento da ADPF 54 que não basta a existência de um ser humano em desenvolvimento para a incidência da tutela dos direitos fundamentais.

A decisão que permitiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos teve baixo impacto demográfico, visto que esse é um evento médico raro. No entanto, o impacto interpretativo dela foi bastante significativo³³, tanto que no julgamento do HC 124.306, objeto de análise do próximo capítulo, a 1ª turma do STF foi além e entendeu, por meio de uma interpretação conforme a constituição, que o aborto voluntário até o primeiro trimestre de gestação não constitui crime.

³² BRASIL, STF, ADI 3510, julgada em 29/5/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

³³ ADPF 422, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, fl. 27. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>.

CAPÍTULO II – O VOTO DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO DO HC 124.306 A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

2.1 – O caso

Os pacientes do HC 124.306 foram denunciados pelo Ministério Público do Rio de Janeiro pela conduta tipificada como aborto com consentimento da gestante, além de prática do crime de formação de quadrilha (arts. 126 e 288 do Código Penal).

Em 21 de março de 2013, eles foram presos em flagrante, tendo o juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ concedido-lhes a liberdade provisória. O MP recorreu da decisão, tendo o TJ/RJ, por meio de sua 4ª Câmara Criminal, acolhido o pedido e decretado a prisão preventiva dos acusados.

A defesa impetrou Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido pela Sexta Turma, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. O STJ entendeu não ser ilegal a prisão na hipótese do crime de aborto, por ser esta uma infração de médio potencial ofensivo.

A defesa impetrou, então, HC no STF, que, julgado em 2016, pela Primeira Turma, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, não foi conhecido. A turma, no entanto, concedeu a ordem de ofício para revogar o decreto prisional. O voto do Ministro Luis Roberto Barroso alcançou a maioria sob o fundamento de que, além de ausentes os requisitos da prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. O próximo tópico destina-se a uma análise mais detalhada do voto.

2.2 – O voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm

comparecido aos atos de instrução e cumprimento pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus³⁴.

O voto interessa para o presente trabalho naquilo em que se refere à descriminalização do aborto. O Ministro Barroso, seguido pela maioria da turma, entendeu, por meio da técnica de interpretação conforme à constituição, que a realização de aborto até o primeiro trimestre de gestação não é crime. Segundo o Ministro, apesar de a vida do feto ser um bem jurídico relevante, a criminalização da interrupção da gravidez durante os

³⁴ Voto do Min. Luís Roberto Barroso. BRASIL, STF, HC 124.306, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicado em 17/3/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

três primeiros meses viola direitos fundamentais das mulheres e, além disso, não observa o princípio da proporcionalidade no que tange a reação estatal frente à conduta praticada³⁵.

Para elucidar essa conclusão, o Ministro afirmou que os direitos fundamentais são uma abertura do sistema jurídico ao sistema moral e que funcionam como uma “reserva mínima de justiça a todas as pessoas”. Baseado nessa premissa, Barroso trouxe para o debate a ideia de imperativo categórico de Kant, que define que “toda pessoa é um fim em si mesmo e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos”. Concluiu, então, que dignidade da pessoa humana significa atribuir valor intrínseco e autonomia a cada indivíduo³⁶.

O ministro afirmou que, em caso de colisão de princípios, a solução deve se dar por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, no esquema proposto por Alexy, já bastante conhecido, de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na “análise do custo-benefício da providência pretendida, para determinar se aquilo que se ganha é maior do que aquilo que se perde”³⁷. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade teria o objetivo de garantir a justiça na atuação estatal.

Depois dessa breve exposição teórica sobre direitos fundamentais e colisão de princípios, Barroso parte para a análise do caso concreto. O Ministro começa afirmando que não existe um marco jurídico para o início da vida e que a resposta para essa pergunta sempre vai envolver uma concepção religiosa ou filosófica. O que se pode afirmar, com certeza, é que, no primeiro trimestre de gestação, não existe possibilidade de sobrevivência do embrião fora do útero materno³⁸. Esse é o mesmo entendimento que foi adotado no julgamento do ADI 3.510.

Segundo Barroso, criminalizar o aborto nesse período viola vários direitos fundamentais da mulher, como o direito a autonomia, protegido pela dignidade da pessoa humana e que se constitui como núcleo essencial da liberdade individual. Esse direito garante à mulher o poder de decidir os rumos da própria vida, não podendo o Estado impor, nos estágios iniciais da gravidez, que esta seja levada até o fim, como se o útero estivesse

³⁵ Voto do Min. Luís Roberto Barroso, fl. 5. BRASIL, STF, HC 124.306, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicado em 17/3/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

³⁶ Ibidem, fl. 7.

³⁷ Ibidem, fl. 8. Ver também: ALEXY, Robert; Teoria dos direitos fundamentais, fl. 117, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

³⁸ Ibidem, fl. 9

“a serviço da sociedade”, visto que a mulher é um indivíduo com vida própria e que deve ser considerada como um fim em si mesmo³⁹.

Além disso, segundo o Ministro, a criminalização do aborto viola a integridade física e psíquica da mulher:

A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. (...) Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher⁴⁰.

Também são violados os direitos sexuais e reprodutivos, que representam a possibilidade de a mulher decidir se e quando quer ter filhos sem nenhum tipo de coerção. O Ministro entende que natureza impôs um ônus exclusivamente às mulheres no processo reprodutivo, o que garante a estas que seus direitos e vontades sejam protegidos com maior intensidade pelo Estado e que, por esse motivo, a mulher não deve ser obrigada a levar a termo uma gravidez indesejada. Ainda segundo ele, a obrigação de manter a gestação também prejudica a saúde reprodutiva porque aumenta o número de mortalidade materna e outras complicações resultantes da falta de acesso à assistência de saúde adequada⁴¹.

Além disso, Barroso defende que a existência desse ônus imposto exclusivamente às mulheres, na medida em que os homens não engravidam, exige que nos seja dada a possibilidade de escolha, pois só assim haverá plena igualdade de gênero. O Ministro reconhece a posição histórica de subalternidade desempenhada pelas mulheres e que isto resultou em uma idealização da maternidade que, no entanto, pode representar um fardo quando imposta contra a vontade da gestante⁴².

Por fim, no que se refere à violação de direitos fundamentais, o Ministro faz um recorte social para afirmar que a criminalização do aborto atinge principalmente as mulheres pobres, visto que estas não têm acesso à saúde privada e que o sistema público

³⁹ Voto do Min. Luís Roberto Barroso, fl. 9. BRASIL, STF, HC 124.306, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicado em 17/3/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

⁴⁰ Ibidem, fl. 10.

⁴¹ Ibidem, fl. 11

⁴² Ibidem, fl. 11

de saúde é precário, o que as submete a clínicas clandestinas de aborto ou a procedimentos precários e rudimentares que as expõe a perigo de morte⁴³.

Depois da explicação do porquê a criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres, o Ministro passa a explicar porque o trato dessa questão pelo direito penal viola o princípio da proporcionalidade.

No que se refere à adequação, que responde à questão sobre se a criminalização protege ou não a vida do feto, Barroso defende que o fato de a conduta de interromper a gravidez ser considerada crime não diminuiu o número de abortos que ocorrem no país. Em verdade, ele afirma que o que muda é quantidade de abortos seguros e o número de mulheres que têm complicações no procedimento. Ele reconhece que o aborto tornou-se uma questão de saúde pública e que o poder público não tem meios para proibir a sua realização. Ele concluiu, então, que, diante desse quadro, a criminalização é ineficaz para proteger a vida do feto, constituindo apenas uma “reprovação simbólica da conduta”. Afirmou, ainda, o seguinte:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja –geralmente porque não pode –ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um⁴⁴.

Em relação à necessidade, que responde se existe meio alternativo à criminalização que proteja a vida do feto e resulte em menor restrição aos direitos da mulher, o Ministro cita soluções dadas por países como Portugal, França, Bélgica e Alemanha, em que o aborto é permitido, em regra, no primeiro trimestre, desde que a gestante cumpra alguns requisitos, como aconselhamento prévio e período de espera⁴⁵.

Ademais, ele sugere que o Estado atue sobre os fatores que resultam na gravidez indesejada e, conseqüentemente, no aborto, que são, primordialmente, a impossibilidade financeira de criar os filhos e a drástica mudança na vida da mãe. Barroso afirma que, nesse contexto, a ação do poder público deve ter por objetivo a criação de uma rede de apoio à gestante e sua família, possibilitando, por exemplo, o acesso a creches, à

⁴³ Voto do Min. Luís Roberto Barroso, fl. 12. BRASIL, STF, HC 124.306, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicado em 17/3/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

⁴⁴ Ibidem, fl. 14.

⁴⁵ Ibidem, fl. 15.

assistência social, a métodos contraceptivos, a educação sexual. Assim, ele concluiu que a tutela penal também falha no teste da necessidade, visto que existem alternativas à criminalização⁴⁶.

Por fim, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, questiona-se se a violação de direitos das mulheres causada pela criminalização do aborto é compensada pela proteção da vida do feto. O Ministro concluiu que não, sob o fundamento de que o valor do direito a vida do nascituro varia de acordo com o período da gestação, relacionando-se diretamente com a viabilidade de vida extrauterina. Ele afirmou, ainda, que a violação de direitos fundamentais das mulheres e os custos sociais gerados pela criminalização do aborto tornam essa medida ilegítima⁴⁷.

Por fim, o Ministro citou a forma como outras Cortes Constitucionais decidiram a questão do direito ao aborto para corroborar sua conclusão de que a criminalização não é a melhor solução para o caso. A seguir:

Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade. De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália⁴⁸.

Portanto, o Ministro Luis Roberto Barroso, seguido pela maioria dos membros da Primeira Turma do STF, entendeu que a interpretação conforme a Constituição permite concluir que não há crime na conduta de induzir a interrupção da gravidez durante seu primeiro trimestre, visto que, nesta situação, diversos direitos fundamentais das mulheres são violados sem guardar proporcionalidade com a defesa da vida do feto.

⁴⁶ Voto do Min. Luís Roberto Barroso, fl. 15. BRASIL, STF, HC 124.306, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicado em 17/3/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

⁴⁷ Ibidem, fl. 16.

⁴⁸ Ibidem, fl. 17.

2.3 – Reflexões acerca do voto do Ministro Luís Roberto Barroso sob a perspectiva do direito como integridade

Quando se trata do debate constitucional sobre o direito ao aborto, Ronald Dworkin é um dos autores que se destaca, principalmente quando se parte do caso *Roe x Wade*⁴⁹. Para além dessa temática específica, Dworkin consagrou-se como um importante jurista que se propôs a pensar o direito como fenômeno social, tendo sido ele o autor da ideia de direito como integridade, que pressupõe um ordenamento jurídico baseado em regras e princípios, e que, por levar os direitos a sério, trata cada cidadão com igual respeito e consideração. É a partir dessa perspectiva que se pretende analisar o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 124.306 para responder a questão sobre se essa decisão do STF atende aos ideais de direito como integridade.

Dworkin define dois princípios de integridade, um legislativo, que define que os legisladores devem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um jurisdicional, que exige por parte dos juízes que as leis sejam lidas e interpretadas de forma coerente nesse mesmo sentido. Para o autor, essa vinculação beneficia a sociedade porque, além de garantir previsibilidade e equidade processual, assegura igualdade entre os cidadãos. Nesse sentido, o autor defende que os direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, possuem valor legal. Em uma sociedade que aceita o direito como integridade, isso acontece não só quando esses direitos são explícitos nas decisões, mas também quando decorrem de princípios que as mesmas pressupõem como justificativa⁵⁰.

Isso é importante para entender o caminho pelo qual percorreu o STF até chegar à decisão do HC 124.306. Antes dela, os julgamentos da ADI 3.510 e da ADPF 54 trilharam uma linha de continuidade argumentativa que possibilitou o estabelecimento de premissas para o debate constitucional sobre o direito ao aborto que foram tomadas como base por Barroso em seu voto, tais como o fato de que não cabe ao judiciário determinar quando começa a vida, que restou decidido no julgamento da ação que tratou das pesquisas em células-tronco embrionárias, e, além disso, a principiologia utilizada para defender o direito de escolha por parte das mulheres, que foi desenvolvida no julgamento da ação referente a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

⁴⁹ Em diversas oportunidades, seja por livros, artigos ou palestras, Dworkin debateu a decisão do caso *Roe VS. Wade* tomada pela Suprema Corte norte-americana, destacando-se, em razão disso, no debate mundial sobre o tema de direito ao aborto.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald; *O Império Do Direito*, fl. 119-20, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

A integridade exige que o intérprete olhe para o passado com o objetivo de entender o caminho de aprendizado por qual passou o direito. Isso não quer dizer que os juízes não precisam mais interpretar o mesmo material que já havia sido interpretado. Em verdade, a exigência de interpretação é contínua, pois cada caso conta com suas peculiaridades que o diferencia dos demais⁵¹. Assim, vê-se que a integridade não visa garantir a uniformidade, tendo em vista que não somos governados por uma lista de direitos e deveres, mas, sim, por um ideal, o que importa em dizer que a controvérsia é um elemento essencial da vida em sociedade⁵².

Dworkin define três dimensões da integridade:

Em primeiro lugar, [a integridade] insiste em que a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas. Em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito a liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se aplica horizontalmente: o juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa⁵³.

A conclusão a que chegou a 1ª turma do STF no julgamento do HC 124.306, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, atende a todas essas dimensões. Primeiro porque, conforme evidenciado, os argumentos centrais da decisão foram baseados em princípios. Segundo porque a decisão foi resultado do acúmulo argumentativo da corte, o que demonstra a referida dimensão vertical da integridade. Terceiro porque o princípio de dignidade da pessoa humana, que tutela o direito de escolha da mulher, tem sido reiterado pelo Ministro Barroso, em particular, e também pelo STF, em geral, em diversas decisões importantes⁵⁴, o que evidencia a dimensão horizontal da integridade.

A diferença entre argumentos de política e argumentos de princípio é importante para entender melhor a ideia de direito como integridade. Segundo Dworkin, os argumentos de política são aqueles que estabelecem um objetivo geral a ser alcançado, como a melhora

⁵¹ DWORKIN, Ronald; *O Império Do Direito*, fl. 273, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014

⁵² DWORKIN, Ronald; *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*, fl. 134. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵³ DWORKIN, Ronald; *O Império Do Direito*, fl. 133, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014. Ver também DWORKIN, Ronald; *Domínio Da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, fl. 204 São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto; *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional* in *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 919, maior de 2012, pg. 127-196.

de algum aspecto social, político ou econômico, por exemplo. Esses argumentos visam promover uma concepção de bem estar geral ou a ideia de interesse público e coletivo⁵⁵. Por outro lado, os princípios são definidos como uma exigência de justiça e equidade, de modo que é possível afirmar que os argumentos baseados em princípios procuram estabelecer direitos individuais. Dworkin defende que os princípios constituem um compromisso inafastável com a integridade e que os juízes devem se orientar por eles e não por argumentos de política, porque só assim é possível enxergar cada cidadão com igual consideração e respeito, ou seja, a partir da defesa dos direitos individuais⁵⁶.

Nesse aspecto, o voto do Ministro Barroso também se adéqua a ideia de direito como integridade, tendo em vista que o fundamento principal da decisão protege o direito de escolha da mulher, que é um direito individual, em contraposição ao desejo coletivo de proteção da vida do feto. O Ministro reconhece em seu voto que o debate sobre aborto envolve diversas concepções morais, mas conclui que o Estado não pode impor nenhuma delas às mulheres, sob o risco de violar importantes direitos constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, da saúde, da autonomia, da integridade, da igualdade, bem como o direito a liberdade sexual e reprodutiva. Nem todos esses direitos são previstos expressamente no texto constitucional, mas eles são assegurados pelo ordenamento jurídico em decorrência dos princípios que nossa constituição adota, razão pela qual devem ser levados a sério, conforme pretende a ideia de direito como integridade.

Levar os direitos a sério significa entender que eles não param no tempo e, mais do que isso, que a constituição não é uma lista de regras independentes e isoladas⁵⁷. Dworkin defende que a constituição é, na verdade, uma carta de princípios que precisa ser interpretada de maneira coerente. Segundo ele, essa afirmação traz duas responsabilidades para o poder judiciário. A primeira delas é o entendimento de que os juízes devem decidir com base em “princípios gerais” que possam ser associados a princípios abstratos do texto constitucional mesmo que a conclusão resultante receba pouco apelo popular. A segunda responsabilidade é a de que a corte compreenda a si mesma como uma instituição jurídica e não como câmara política, de modo que esse poder

⁵⁵ DWORKIN, Ronald; *Levando Os Direitos a Sério*, fl. 36, São Paulo: Martins Fontes, 2002. Ver também: DWORKIN, Ronald; *Uma Questão de Princípio*, fl. 6, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald; *Levando Os Direitos a Sério*, fl. 129, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald; *O Império Do Direito*, fl. 441, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

dos juízes de dar concretude a princípios abstratos seja utilizado de modo a respeitar a integridade das decisões ao longo do tempo⁵⁸.

Em seu voto, o Ministro Barroso reconheceu o direito de escolha pela interrupção da gravidez até o terceiro mês da gestação com base na ideia de que o direito não é estático e que era preciso dar interpretação conforme a constituição ao artigo do Código Penal que criminaliza o aborto nesse período. O Ministro destacou que o referido diploma legal data de 1940 e que o mesmo apresenta-se defasado em relação aos valores constitucionais reconhecidos atualmente. A conclusão atende às responsabilidades que recaem sobre o judiciário quando se aceita o direito como integridade porque leva a sério e dá concretude a direitos não previstos expressamente no texto constitucional, mas que advêm da nossa carta de princípios, ao mesmo tempo em que reconhece e exerce o papel do judiciário na promoção da democracia, como instância de proteção de direitos individuais mesmo que contrariamente à vontade da maioria.

Este papel atribuído ao poder judiciário é importante, principalmente quando se fala em casos difíceis, tal como qualquer decisão que envolva o debate sobre direito ao aborto. Segundo Dworkin, os casos são considerados difíceis quando, numa análise preliminar, uma interpretação não se sobressai sobre as demais possíveis, em razão de uma colisão de princípios. Nessa hipótese, em uma comunidade em que se aceita o ideal interpretativo de direito como integridade, o juiz deve escolher a interpretação que apresenta o ordenamento jurídico em sua melhor luz.⁵⁹ Dworkin define que nesses casos, o intérprete deve encontrar a maior coerência possível entre os princípios em colisão. Para isso, ele propõe dois testes. O primeiro consiste em analisar se a solução pretendida é coerente ou não com a comunidade de princípios. O segundo, caso mais de uma interpretação seja aceitável, consiste em escolher aquela que melhor se adéqua à obra em desenvolvimento⁶⁰.

O exercício realizado por Barroso para resolver o embate entre os princípios em colisão no caso da decisão sobre o aborto é diferente. Ele realiza o teste de proporcionalidade, proposto por Alexy, dividido, conforme demonstrado na seção anterior,

⁵⁸ DWORKIN, Ronald; O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana, fl. 202. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald; O Império Do Direito, fl. 305, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald; Uma Questão de Princípio, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

em três etapas⁶¹. À primeira vista, essas metodologias para resolução de casos difíceis parecem inconciliáveis, mas uma análise mais detalhada permite concluir que existe um ponto de contato entre elas.

Dworkin trabalha com a ideia de que os princípios têm pesos e que no embate entre eles a força de cada um deve ser levada em conta. É claro que a definição desse peso não decorre da simples vontade do juiz, ela precisa ser fundamentada⁶², o que permite concluir que a teoria de Dworkin busca a melhor fundamentação para as decisões. O teste de proporcionalidade de Alexy, do mesmo modo, preocupa-se com o raciocínio argumentativo das decisões, oferecendo um caminho para a interpretação da aplicação dos princípios envolvidos no conflito. A preocupação, em ambos os casos, é de que seja proferida a melhor decisão possível, ainda que cada um a sua forma⁶³. Assim, por mais que o teste de fundamentação aplicado por Barroso, em seu voto, seja diferente daquele proposto por Dworkin, o resultado é o mesmo, qual seja: a busca pela solução que melhor se inscreve em nosso ordenamento, de modo garantir a concretização de direitos fundamentais em casos difíceis.

Outra questão importante referente à teoria de Dworkin consiste em analisar se a decisão do STF no julgamento do HC 124.306 atende aos princípios de igualdade e de liberdade exigidos pela ideia de integridade no direito, que resultam na afirmação de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Essa afirmação é ambiciosa, mas não podemos abrir mão dela em um Estado Democrático de Direito. Ela determina que os indivíduos podem ter valores distintos e que, ainda assim, serão tratados igualmente. Esse tratamento igual exige que o Estado seja neutro sobre o que é viver bem⁶⁴, no sentido de que não pode impor restrições às pessoas com base em valores dos quais elas não compartilham. Dworkin defende que a dignidade de uma pessoa é fortemente comprometida quando ela é forçada a dedicar parte importante da sua vida para

⁶¹ ALEXY, Robert; Teoria dos direitos fundamentais, fl. 117-120, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Ver também: BARROSO, Luís Roberto; Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy, 2015. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>.

⁶² DWORKIN, Ronald; Levando Os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶³ ABDOUCH, Rafael Parisi; O direito como integridade e a ponderação de princípios: é possível compatibilizar a teoria do direito de Dworkin com a de Alexy?; Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo | v.23 | n.1 | 2017.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald; Uma Questão de Princípio, fl. 316, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

atender preocupações alheias⁶⁵. Nesse sentido, se a ideia de “futuro bom” exige o sacrifício de alguns cidadãos, esse futuro deve ser rejeitado⁶⁶.

Por outro lado, a “parte principal do direito”, que, Segundo Dworkin, é aquela que executa políticas sociais e institui direitos não pode ser neutra⁶⁷. Ela deve assumir uma promessa para a minoria dos cidadãos, que é a de que seus direitos serão respeitados. Nesse contexto, Dworkin define que o papel dos direitos fundamentais é abrir a possibilidade de que as minorias um dia se tornem majorias, a partir do tratamento dispensado pelo Estado de igual respeito e consideração. Essa é uma promessa é importante porque afirma, no final das contas, que a justiça é uma questão de direito individual e não, isoladamente, uma questão de bem público⁶⁸.

Essa conclusão é fundamental para a análise da questão do direito ao aborto, porque esse caso que envolve exatamente a temática de imposição da moralidade da maioria sobre a minoria e qualquer decisão que negue o direito de escolha por parte da mulher impõe a ela uma concepção de mundo e de vida que não lhe é própria. Essa é a conclusão a que chegou também o Ministro Barroso. Ele reconhece que não existe um consenso sobre quando começa a vida e que qualquer resposta para essa problemática envolve uma escolha filosófica ou religiosa e que, exatamente por isso, não pode ser imposta a todas as mulheres, já que cada indivíduo, em uma sociedade que se pretende democrática, deve ser livre para seguir seu próprio projeto de vida. Nesse ponto, seu voto também atende aos ideais de integridade no direito.

Dworkin aborda expressamente essa problemática sobre o aborto:

Quais as justificativas para proibir o aborto no primeiro trimestre? Se deixarmos de lado como infundada, do ponto de vista médico, a ideia de que o aborto é uma ameaça para a mãe, então duas justificativas principais veem a mente. A primeira recorre às opiniões morais da maioria, sem admitir que sejam fundadas. Mas se acreditamos que considerar tais preferências como justificativas para restringir a liberdade é uma negação da igualdade, então nossa teoria condena essa justificação como inaceitável. A segunda apela para os interesses do nascituro. Se crianças não nascidas são pessoas cujos interesses podem ser considerados pela legislação, então essa segunda justificativa tem fundamento e passa pelo teste da igualdade. Mas o tribunal deve decidir sozinho essa questão, porque se não, se fosse encaminhado para as majorias, seria considerar que suas opiniões morais

⁶⁵ DWORKIN, Ronald; Levando Os Direitos a Sério, fl. 200. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald; Uma Questão de Princípio, fl. 317, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald; Levando Os Direitos a Sério, fl. 314. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald; Uma Questão de Princípio, fl. 38. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

oferecem justificativa para as decisões legislativas e isso é que nossa teoria de igualdade de representação proíbe⁶⁹.

O autor defende, portanto, que seria errado que um único tribunal, por maioria, declarasse uma resposta obrigatória a todos sobre quando começa a vida, tendo em vista que essa é uma questão que envolve uma controvérsia moral. Por isso, para Dworkin, quando se fala em debate constitucional sobre o direito ao aborto, a questão crucial não consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com a constituição (ele entende que não é). O cerne da questão é, na verdade, saber se o Estado pode ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. Para ele, o direito à procriação nega ao governo esse poder, porque decorre dele o direito moral que as pessoas têm de seguirem suas próprias convicções⁷⁰.

Dworkin argumenta que por mais que o feto não seja uma pessoa constitucional, ele é dotado de uma importância moral para a sociedade e que, por isso, o Estado deve tentar proteger essa importância, sem, no entanto, reduzir gravemente os direitos das mulheres sobre o próprio corpo. É aí que reside o grande impasse do debate sobre o direito ao aborto. Isso porque o Estado só pode proteger os interesses do feto por intermédio da mulher e, para tanto, precisa empregar restrições a sua liberdade que a constituição não impõe a nenhum outro indivíduo⁷¹.

O autor afirma que quando a mulher é obrigada a ter um filho que ela não quer, ela perde o domínio sobre o próprio corpo, que passa a ser usado para fins com os quais ela não concorda. Dworkin considera isso uma forma de “escravidão parcial”. Nesse contexto, ele defende que “quando uma mulher desesperada para fazer um aborto transgredir o direito penal, pode por em risco sua própria vida. Por outro lado, se a mulher não transgredir a lei, pode ter sua vida destruída e perder todo o respeito que tem por si mesma”⁷².

Essa conclusão de Dworkin coaduna-se exatamente com o que expôs o Ministro Barroso ao defender que o Estado precisa estar ao lado de quem quer e de quem não quer ter um filho. Em seu voto, ele defende que quando a mulher se vê diante da situação trágica

⁶⁹ DWORKIN, Ronald; Uma Questão de Princípio, fl. 100. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald; Domínio Da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais, fl. 235 São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷¹ DWORKIN, Ronald; O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana, fl. 86. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷² Ibidem, fl. 159.

de precisar abortar, o Estado não precisa tornar a sua vida pior por meio de um processo criminal.

Vê-se, portanto, que o voto do Ministro Barroso no julgamento HC 124.306 atende aos vários ideais que integram o conceito de integridade no direito: à coerência no que se refere à história de decisões da corte, à integridade vertical e horizontal e à utilização de argumentos de princípios e não de políticas. Tudo isso concretiza a ideia de levar os direitos a sério, bem como promove a igualdade e a liberdade, nos termos da teoria de Dworkin.

Um último ponto ainda precisa ser ressaltado, que é o fato de que o direito como integridade exige que cada decisão olhe para o passado, mas também para o futuro num esquema que Dworkin compara a um romance em cadeia⁷³. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance, onde cada autor fica responsável por um capítulo, tendo que, para isso, interpretar os capítulos anteriores para dar-lhes continuidade. Cada autor deve escrever sua parte de modo a criar o melhor romance possível, mantendo a coerência da obra como um todo, como se esta fosse resultado do trabalho de um só autor. Para Dworkin, as decisões jurídicas devem seguir essa mesma lógica, de modo que os capítulos do direito devem atentar-se ao presente, olhando o passado e deixando a história aberta para o futuro.

O voto do Ministro Barroso no HC 124.306 reconhece a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação e essa conclusão é o resultado do acúmulo de aprendizado do STF no que refere ao debate sobre direito ao aborto, obtido tanto por meio das decisões de cortes constitucionais internacionais como por meio dos julgamentos da ADI 3.510 e da ADPF 54. Isso mostra o olhar cuidadoso sobre o histórico de argumentação da corte. Apesar de a decisão do referido HC consistir em controle incidental de constitucionalidade, tendo eficácia somente entre as partes, ela se apresenta como um importante passo argumentativo para o futuro das decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a tramitação da ADPF 442, que requer a aplicação da mesma conclusão do julgamento do HC 124.306, dessa vez com eficácia *erga omnes*. O direito como integridade exige da corte uma postura de coerência, portanto, espera-se que o STF mantenha o padrão de argumentação adotado nas decisões anteriores, de modo a garantir igual proteção e respeito às mulheres.

⁷³ DWORKIN, Ronald; O Império Do Direito, fl. 275, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao aborto é um dos temas que mais se discute na atualidade. Ainda há quem defenda hoje que as cortes constitucionais não têm legitimidade para decidir sobre esse assunto. Claro que esse argumento é apenas de estratégia, porque, como mostrei, o judiciário consolidou-se como instância legítima para travar o debate sobre a possibilidade de escolha por parte da mulher pela interrupção de sua gravidez, devido aos direitos e princípios constitucionais envolvidos na questão.

O aborto faz parte da realidade do Brasil e do mundo. Isso é um fato inquestionável. E essa situação se tornou já há muitos anos uma questão de saúde pública, porque as mulheres morrem tentando pôr fim à gestação. Mas mais do que isso, sempre foi uma questão de direito: direito à dignidade, à igualdade, à saúde, à vida, à integridade física e psicológica, à autonomia, à privacidade, à liberdade sexual e reprodutiva das mulheres. O debate constitucional sobre o direito ao aborto só pode se dar nesses termos.

É por isso que a teoria de Dworkin é tão importante para esse debate, porque a ideia de direito como integridade pressupõe que os direitos sejam levados a sério e que cada cidadão seja tratado com igual consideração e respeito. Esse ideal exige que a decisão de casos difíceis seja amparada por argumentos de princípio e não por argumentos de política, voltados para a promoção de uma suposta vontade coletiva. Isso porque, segundo esse marco teórico, a justiça é, enfim, uma questão de direito individual e não de vontade da maioria. Conclui-se, então, que o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 124.306, ao reconhecer a importância de proteger os direitos das mulheres e, com isso, reconhecer a inconstitucionalidade da criminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação, incorpora esse ideal.

A referida decisão também cumpre o ideal de integridade no quesito de coerência vertical e horizontal com a história institucional e por mostrar o ordenamento em sua melhor luz. O voto do Ministro Barroso se apresenta, nesse sentido, como resultado de um longo caminho de aprendizado interpretativo trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser entendido como um processo cumulativo e coerente da corte no que se refere à temática do direito ao aborto.

O julgamento da ADI 3.510 foi importante para esse processo interpretativo porque, para permitir a realização de pesquisas em células-tronco embrionárias, o STF entendeu que não poderia responder a questão sobre quando começa a vida sem impor

um tipo de moralidade específica a todas as pessoas, o que, por óbvio, consistiria em violação de direitos. Isso é fundamental para tratar do direito ao aborto. Por sua vez, o julgamento da ADPF 54, em que se concluiu pela constitucionalidade da interrupção terapêutica do parto de fetos anencéfalos, trouxe para o ordenamento a importante premissa de que não existe direito absoluto e, conseqüentemente, que o feto não merece o mesmo tipo de proteção que um indivíduo já formado. Foram essas conclusões que permitiram que, no julgamento do HC 124.306, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarasse a inconstitucionalidade incidental da criminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação.

Essa decisão, por sua vez, constituiu um passo importante para o julgamento, ainda por vir, do julgamento da ADPF 442, que requer a mesma conclusão obtida no referido HC, mas, desta vez, com eficácia *erga omnes*. Espera-se da corte a continuidade do caminho interpretativo perpetrado, de modo a conferir coerência ao nosso ordenamento jurídico, além de mostrar o direito em sua melhor luz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDOUCH, Rafael Parisi; **O direito como integridade e a ponderação de princípios: é possível compatibilizar a teoria do direito de Dworkin com a de Alexy?**; Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo | v.23 | n.1 | 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-S.Bernardo_23.01.pdf>. Acesso em: 6/11/2018.

ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**, fl. 117, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luis Roberto; **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 919, maior de 2012, pg. 127-196.

BARROSO, Luís Roberto; **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**, 2015. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 3510**, julgamento em 29/5/2008, publicação em 28/5/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 6/11/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADPF 54**, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12/4/2012, publicação em 30/3/2013. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 6/11/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADPF 54**, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12/4/2012, publicação em 30/3/2013. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarADPF.pdf>>. Acesso em 6/11/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADPF 422**, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em 6/11/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 124.306**, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 9/8/2016, publicação em 17/3/2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 6/11/2018.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto**, 2016. Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653–660, 2017.

DINIZ, Débora; MADEIRO, Alberto Pereira. **Serviços de aborto legal no Brasil - um estudo nacional**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 2, n. 21, p. 563–572, 2016.

DWORKIN, Ronald; **Domínio Da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____; **Levando Os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____; **O Império Do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____; **Uma Questão de Princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED STATES. Supreme Court. **Roe v. Wade**, **410 US 113**. Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>. Acesso em 6/11/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto**, 3ª ed. Divulgado em 1º de junho de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>>. Acesso em 6/11/2018.

SIEGEL, Reva B. **The constitutionalization of abortion**. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.